XV.

Ueber die dem Cessionar aus der Person des Cedenten entgegenstehenden Einreden.

Von Francke.

Die Frage, welche hier erörtert werden soll, ist folgende: Verliert der Schuldner seine Einreden, welche er gegen den Anspruch seines Gläubigers erworben hat, dadurch, daß der Gläubiger die Geltendmachung seiner Klage einem Dritten verstattet, und diesem erlaubt, die geschuldete Summe für sich einzukassiren? — Hierin nämlich bestehet, wie allgemein anerkannt wird, der Begriff der Cession einer Forderung. Der Cessionar klagt aus einer fremden Obligation. Er hat freilich ein selbstständiges unwiderrufliches Recht erworben, d. h. in so weit, daß er allein berechtigt ist, das Geschuldete einzukassiren und einzuklagen; allein er klagt nicht aus einer ihm selbst erworbenen Forderung, sondern aus dem Recht des Cedenten. Hierdurch allein unterscheidet sich die Cession in ihrem Wesen von der Delegation. Die letztere geschiehet dadurch, daß der Schuldner die Summe oder Sache, welche er bisher dem Einen schuldet, mit dessen Einwilligung nunmehr einem Zweiten zu leisten verspricht, und sich diesem Zweiten durch einen neuen, mit demselben eingegangenen Vertrag dahin obligirt. Hier klagt der neue Gläubiger aus der neuen, von ihm selbst contrahirten Obligation, und deshalb können ihm etwaige Einreden aus der nunmehr aufgehobenen Obligation des alten Gläubigers nicht entgegenstehen [1].

---

1) L. 12. 13. 19. D. de novat. (46. 2.) Nur gegen den ursprünglichen Gläubiger kann hier der Schuldner möglicher Weise seinen Regreß nehmen. L. 12. 13. cit.

Ganz anders ist dieses bei der Cession. Der Cessionar verfolgt keine ihm selbst zustehende Forderung, sondern die des Cedenten, er erhebt die Klage des Cedenten, zu deren Anstellung er ohne Zuthun des Schuldners, vermöge eines bloß mit dem Gläubiger eingegangenen Geschäfts berechtigt, und entweder ausdrücklich als procurator in rem suam bevollmächtigt ist, oder welche ihm auch ohne diese Formalität utiliter gegeben wird. Daraus folgt aber mit Nothwendigkeit, daß alle Einreden, welche dem Anspruch des Cedenten entgegenstehen, auch ihm entgegengesetzt werden können. Denn er kann nicht mehr Rechte haben, als derjenige, aus dessen Rechte er klagt. Es ist anerkannt ferner, daß wer keine Klage hat, auch keine cediren kann, und ebenso ist anerkannt, daß es im Effect gleichgültig ist, ob Jemand ipso jure keine Klage hat, oder ob seine stricto jure existirende Klage vermöge einer Einrede entkräftet ist [2]). Was also in dem ersten Fall gilt, wo die Klage rechtlich nicht begründet ist, das muß auch in dem zweiten Fall gelten, da eine stricto jure vorhandene Klage durch Einreden zurückgewiesen wird. — Wir dürfen aber um so weniger geneigt seyn anzunehmen, daß das Römische Recht von diesem aus der rechtlichen Natur der Cession sich von selbst ergebenden Resultat abgewichen sey, da in dem Römischen Rechte der Verkehr mit Forderungen auf keine Weise durch Rechtsbegünstigungen und singuläre Grundsätze erleichtert, sondern eher durch beschränkende Gesetze erschwert worden ist. Ueberhaupt aber kann eine Gesetzgebung bei Forderungen, die nicht (wie Wechsel, Papiere au porteur) vom Schuldner selbst zum Verkehr bestimmt sind, andere Grundsätze gar nicht annehmen, ohne gegen den Schuldner eine Ungerechtigkeit zu begehen. Denn sonst wird dem Gläubiger verstattet, sobald sein Schuldner wohlbegründete Einreden erworben hat, denselben durch eine

2) „Nihil interest; ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur" L. 112. D. de regul. jur.

einseitig vorgenommene Cession der Forderung seiner Einreden zu berauben. — Wir finden auch bei unsern Schriftstellern den Satz allgemein anerkannt, daß durch die Cession der Forderung die Lage des Schuldners rechtlich nicht verschlechtert werden könne. Aber doch ist man rücksichtlich der dem Schuldner erworbenen Einreden sehr geneigt, Ausnahmen zuzulassen. Allein auch hiebei herrscht keine Uebereinstimmung der Ansichten. Auch haben wenigstens die neueren Schriftsteller diese Ausnahmen keineswegs aus allgemeinen Prinzipien hergeleitet, sondern dieselben nur zugelassen, weil man diese durch positive Vorschriften unserer Quellen für begründet hielt. Namentlich hat man sich hiefür seit langer Zeit auf L. 4. §. 27 — 31. D. de doli mali et met. exc. (44. 4.) bezogen. Schon die Glosse zu dieser Stelle bemerkt jedoch [3], und dieses mit Recht, daß hier von cedirten Forderungen keine Rede ist, auch die in diesen Stellen ausgesprochenen Grundsätze auf cedirte Forderungen gar nicht angewandt werden können. Bevor wir aber näher in die Sache selbst eingehen, wird es nothwendig seyn, eine Uebersicht wenigstens über die Entstehung und Geschichte der später vorherrschenden Doctrin zu geben, indem sich daraus sofort das Resultat ergeben wird, daß die spätere Doctrin aus einem Mißverständnisse, nicht sowohl der Quellen, als einer von den Postglossatoren gebrauchten Terminologie hervorgegangen ist.

Die Glosse in der schon angeführten Stelle nimmt an, daß dem Cessionar alle Einreden entgegenstehen, welche dem Anspruch des Cedenten selbst entgegenstanden, und sie hat keine Beschränkung dieser Regel. Dasselbe ist die einstimmige Ansicht der Postglossatoren. Soweit meine Kenntniß derselben reicht, finde ich eine Meinungsverschiedenheit nur in Betreff der Compensation bei nicht connexen Gegenforderungen. Aber auch hier nahm, was heutzutage gar keinem Zweifel unterworfen ist, die gewöhnliche Meinung an, daß der

3) ad L. 4. §. 28. cit. ad voc. „exceptionem."

Schuldner mit jeder Gegenforderung, die er gegen den Gläubiger hat, auch gegen den Cessionar abrechnen könne [4]. Dennoch ist aber auf die Schriften dieser Postglossatoren die später vorherrschende Doctrin gestützt worden, nach welcher man zwischen den Einreden unterschied, je nachdem sie in rem oder mehr persönlich seyen, und die letztern, wenigstens dann, wenn der Cessionar nicht mit der directen Klage, sondern mit einer utilis actio auftrat, gegen den Cessionar nicht zuließ, oder auch diese personales exceptiones, wie z. B. die doli exceptio, überall ausschloß, ausgenommen bei einer lucrativen Cession. Die Postglossatoren haben allerdings einen ähnlichen Unterschied gemacht, aber doch in einem ganz andern Sinne. Sie zählen nämlich zu den exceptiones rei cohaerentes (die jedem Cessionar entgegenstehen,) alle Einreden, welche irgend von Einfluß sind, auf das Forderungsrecht, dessen Größe und Qualität, selbst dann, wenn die Einreden nur aus persönlichen Verhältnissen entsprungen sind, weil ja die ganze Obligation nur ein persönliches Verhältniß ist. Danach lassen sie alle Einreden, über die man jetzt streitet, als „exceptiones quae ipsam obligationem, oder quae merita causae concernunt, als rei cohaerentes", gegen den Cessionar zu. Diesen Einreden haben sie als personales nur diejenigen entgegengesetzt, welche gar nicht das Forderungsrecht selbst betreffen, sondern „quae mere *personam* cedentis concernunt", wie sie es selbst ausdrücken. Sie sind nämlich auf diese ganze Unterscheidung nur durch die von ihnen eifrig besprochene Frage geführt worden, ob, wenn der Gläubiger vor oder nach der Cession in die Acht oder den Kirchenbann verfiel, so daß er deshalb nicht klagend vor Gericht erscheinen konnte, ob dann die von ihnen s. g. exceptio banni und excommunicationis auch dem Cessionar entgegenstehe. Nur für diese Einreden stellte die communis opinio der Postglossatoren

---

4) **Paulus Castrensis ad L. 9. C. de compensat. (4. 31.)** und **ad L. 9. C. de procurat. (2. 13.)**

jene Unterschiede auf, indem man annahm, daß dem Cessionar, der mit der utilis actio auftrete, diese Einreden nicht entgegenständen, daß sie ihm aber dann schadeten, wenn er mit der directen Klage als procurator in rem suam auftrete, indem man nämlich ihn dann irriger Weise als einen gewöhnlichen Procurator behandelte. Eine andere Meinung, als deren Urheber überall Dynus[5]) ad L. 19. D. de novat. genannt wird, welche aber später auch mit dem Unterschied zwischen der directa und utilis actio combinirt wurde, unterschied hier zwischen oneroser und lucrativer Cession, und ließ gegen den, welchem eine Forderung geschenkt war, jene exceptio banni et excommunicationis unbedingt zu. —

Daß nur aus einem Mißverständnisse dieser Theorie die später vorherrschende Doctrin entstanden ist, wird die folgende Darstellung späterer Meinungen ergeben. Die späteren Schriftsteller haben nur sehr allmählig aufgehört, die exceptio banni et excommunicationis zu berücksichtigen. Sie haben aber die nun hierfür aufgestellten Grundsätze der Postglossatoren, wonach diese Einreden als rein persönliche dem Cessionar nur wenn er mit der directa actio oder titulo lucrativo klagte, entgegenstehen sollten, fortwährend vorgetragen. Sie haben sodann später aber nach andern Beispielen für die personales exceptiones gesucht, und hiernach die das Forderungsrecht selbst betreffenden Einreden eingetheilt in exceptiones in rem und in personam, und zu den letztern namentlich die doli exceptio gezählt. Hierfür hat man aber immer Bartolus, Baldus und deren Zeitgenossen als Autoritäten citirt, in der irrigen Meinung, nur deren Grundsätze vorzutragen.

---

5) Den Dynus vermochte ich leider zur Zeit nicht zu benutzen; allein hinreichende Auskunft geben Alexander de Imola ad L. 22, §. 4. D. Soluto matrim. (24. 3.) Baldus ad L. 9. C. de procurat. (2. 13.) Bartolus ad L. 4. §. 28. D. de doli mali exc. (44. 4.) Bartholom. Salicetus ad L. 9. C. de procur. Paulus Castrensis ad L. 9. C. de procur. Joannes de Imola ad L. 19. D. de novation. (46. 2.).

Namentlich hat Anton Faber [6]) zu vertheidigen gesucht, daß nach Vorschrift der von ihm falsch verstandenen L. 4. §. 27—31. D. de doli mali exc. die exceptio doli zu diesen personales exceptiones zu zählen sey, und also dem Cessionar in der Regel nicht entgegenstehe. Hiernach lehrte Alphonsus de Olea, ein früher in der Lehre von der Cession viel citirter Schriftsteller, daß freilich der Unterschied zwischen der directa und utilis actio zu verwerfen, übrigens aber zwischen exceptiones in rem und in personam zu unterscheiden sey, und daß letztere bei oneroser Cession dem Cessionar nicht opponirt werden könnten. Aber als exceptiones in personam hat er nur die exceptio banni et excommunicationis, und nach Faber die doli exceptio [7]). Sande dagegen in seinem commentarius de actionum cessione hat beide Unterschiede, den zwischen der directa und utilis actio, und den zwischen oneroser und lucrativer Cession; er nennt aber als exceptio personales nur die exceptio banni et excommunicationis [8]). Und so hat sich diese Unterscheidung zwischen exceptiones in rem und in personam bis auf die neuesten Zeiten fortgeerbt; nur daß man häufig für die exceptiones personales gar keine Beispiele anführte [9]), oder nach Fabers Behauptung die doli exceptio als Beispiel [10]), oder auch als die einzige Ausnahme angab [11]), oder endlich diese personales exceptiones aus allgemeinen Begriffen zu construiren versuchte. — Merkwürdig ist hier

---

6) Ant. Faber Conject. jur. civ. lib. XII. cap. 9.

7) Alph. de Olea tractat. de cessione jurium et actionum tit. VI. quaest. XI.

8) Joh. a Sande de actionum cessione commentarius cap. 13.

9) Wie z. B. Becmann Diss. de successione creditoris in suam ipsius — locum §. 8. (Goetting. 1780.)

10) Z. B. Berger Oecon. jur. lib. 3. tit. 5. th. 5. nro 10.

11) Wie Seuffert Lehrbuch des practischen Pandectenrechts. Bd. 2. §. 302.

aber noch Zanger in seinem Tractatus de exceptionibus, indem auch diese Schrift auf das Deutlichste zeigt, woher dieser ganze Unterschied zwischen exceptio in rem und in personam stammt. Er unterscheidet nämlich mit den eigenen Worten der Postglossatoren zwischen Einreden, „quae ipsam obligationem et merita causae concernunt," und solchen, welche die Person des Cedenten betreffen. Denselben Unterschied macht er ferner merkwürdiger Weise in Betreff der doli exceptio, indem er unterscheidet, ob diese doli exceptio die Forderung selbst betreffe, oder mehr die Person des Cedenten angehe, z. B. wenn dieser in der Acht oder im Kirchenbann sey [12]. — Einen andern Unterschied bei der doli exceptio, je nachdem diese mit der Forderung selbst in unmittelbarer Beziehung stehe oder nicht, finden wir später wieder in Mühlenbruchs bekanntem Werk über die Cession der Forderungsrechte [13]. Mühlenbruch hat nämlich zuvörderst besser und vollständiger als seine Vorgänger nachgewiesen, daß man auf keine Weise zwischen der Anstellung einer actio directa und utilis unterscheiden darf, indem es stets eine und dieselbe Klage aus demselben Zwecke ist. Er hat ferner gezeigt, daß wir aus den Stellen des Römischen Rechts, in welchen zwischen exceptio in rem und in personam bei ganz andern Rechtsverhältnissen unterschieden wird, nichts für die Cession der Forderungen ableiten können. Allein er hat doch wieder in der That ganz in dem Sinne der ältern Schriftsteller gehandelt, wenn er gleich diesen, und zum Theil unter Berufung auf dieselben Stellen, einzelne Einreden, denen in andern Rechtsverhältnissen eine mehr persönliche Beziehung beigelegt wird, von den übrigen aussondert, und jene Einreden bei einer onerosen Cession dem Schuldner gegen den Cessionar abspricht. Zu diesen Einreden zählt Müh-

---

12) Zanger tract. de exceptionibus P. I. part. 3. cap. 13. nro 74., cap. 26. nro 212 seqq.

13) Mühlenbruch Cession der Forderungsrechte §. 59. 60.

lenbruch die Einrede der Competenz, jedoch nur, wenn sie aus dem persönlichen Verhältniß des Gläubigers zum Schuldner entsprungen ist, ferner die exceptio doli, jedoch nur dann, „wenn der dolus nicht in unmittelbarer Beziehung mit dem Daseyn der Forderung stehet.“ Ich muß gestehen, daß mir der Sinn dieser Worte etwas dunkel scheint. Denn wann können wir sagen, daß ein Betrug des Gläubigers, aus dem doch gegen ihn selbst und seine Klage eine doli exceptio begründet ist, nicht in unmittelbarer Beziehung mit dem Daseyn der Forderung stehe? Mühlenbruch selbst hat sich darüber nicht ausgesprochen. Auch geben die von ihm citirten Stellen hierüber keine Auskunft. In der Doctrina Pandectarum hat derselbe jedoch sich dahin ausgesprochen, daß dem Cessionar die doli exceptio regelmäßig nicht entgegenstehe, wenn es ein dolus sey, „*postea in ea re a cedente admissus*“ [14]). Sollen wir also an einen später über dieselbe Forderung noch eingegangenen Vertrag, spätere Nebenberedungen und Vergleiche denken? Dann würde aber, sobald diese späteren Verträge zur Frage kommen, der darin begangene dolus ein mit diesem Vertrag unmittelbar zusammenhängender seyn. Sollen wir vielleicht an einen Betrug bei der Erfüllung des Contracts denken, oder irgend einen andern ebenso willkührlichen Unterschied machen? Endlich aber würde der Schuldner, wenn er nur überhaupt aus jenem Dolus gegen den Gläubiger Ansprüche hat, diese auch gegen den Cessionar mindestens per modum compensationis geltend machen können. Denn dieß ist auch von Mühlenbruch anerkannt, daß er mit allen Gegenforderungen auch gegen den Cessionar abrechnen kann.

Außerdem aber lehrt Mühlenbruch in der Doctrina Pandectarum l. c., daß auch die Einrede aus einem pactum de non petendo in personam dem Cessionar bei oneroser Cession nicht entgegenstehe. Hiernach würde also der Gläubiger,

---

14) Mühlenbruch Doctrina Pandect. T. 2. §. 500. nota 12.

welcher heute seinem Schuldner versprach, ihn in fünf Jahren oder Zeitlebens nicht zu belangen, wenn er morgen diese Forderung verkauft, vertauscht, oder seinem Schwiegersohn in dotem gibt, den Schuldner dadurch zur sofortigen Zahlung zwingen, und ihm dadurch seine begründete Einrede entziehen dürfen? Dieses aber dürfen wir, als allgemeinen Rechtssätzen widersprechend, ohne strengen Beweis schwerlich zulassen. Es wird aber auch durch die dafür citirten Stellen keineswegs erwiesen. Denn die L. 28. §. 2. D. de pactis (2. 14.) untersucht nur die Frage, ob ein Sklav oder filiusfamilias rücksichtlich einer zu seinem Peculium gehörenden Forderung ein pactum de non petendo einzugehen, und hierdurch die dem Vater oder Herrn erworbene Klage zu beschränken überhaupt berechtigt sey, so daß deshalb dem Vater die exceptio pacti entgegengesetzt werden könne. Hiervon können wir aber auf die Cession einer durch ein pactum de non petendo gültig beschränkten Forderung keineswegs schließen. Die ferner citirte L. 57. §, 1. D. de pactis enthält bloß den Satz, daß wenn ein Gläubiger versprach, so lange er lebe, weder den Schuldner, noch dessen Erben zu belangen, daß dann bei seinem, des Gläubigers, Tode dessen Erben sofort klagen dürfen. Dieses verstehet sich freilich von selbst; allein daraus folgt wahrlich nicht, daß auch beim Leben des Gläubigers dessen Cessionar klagen dürfe. —

Es hat jedoch zu keiner Zeit an Schriftstellern gefehlt, welche die von der Glosse und den Postglossatoren angenommene richtige Theorie billigen, wonach dem Cessionar alle Einreden entgegenstehen, welche irgend von Einfluß sind auf das Forderungsrecht. Von den neueren Schriftstellern gehören hieher Günther [15], Höpfner [16], Weber [17]) und

---

15) Günther Principia jur. Rom. T. 2. §. 976.

16) Höpfner's Commentar §. 992.

17) Weber Natürliche Verbindlichkeit §. 117. nota 9.

Schweppe [18]. — Nach den obigen Ausführungen wird es aber nur noch nothwendig seyn nachzuweisen, theils daß die Unterschiede zwischen exceptiones in rem und in personam sich auf die Lehre von der Cession der Forderungen gar nicht beziehen, und theils daß die L. 4. §. 27—31. D. de doli mali except. auch nicht davon redet. Denn beides, jene Eintheilung und die citirte Stelle, bildet das Fundament der gegentheiligen Ansicht.

Im Römischen Recht kommt ein Unterschied zwischen exceptio in rem und in personam, oder rei und personae cohaerentes in sehr verschiedenartigen Rechtsverhältnissen vor. Zuerst bei der Frage, ob die dem Einen erworbene Einrede außer ihm auch Anderen zustehe. Hier gelten aber wieder ganz verschiedene Grundsätze, je nachdem die Einrede gegen eine Vindication oder gegen eine Forderung erworben ist. Bei Forderungen fragt sich, ob auch den Erben, Bürgen und correis die Einrede zustehe. Hier erscheint nur die Einrede der Competenz stets als eine persönliche Einrede [19], die doli exceptio ist hier regelmäßig rei cohaerens. Allein durchgreifende Principien haben die Römischen Juristen aus dieser Eintheilung für andere Einreden auch hier gar nicht abgeleitet. Es ist eine bekannte Sache, daß z. B. die exceptio SCti Macedoniani und minoris aetatis dem Bürgen bald zustehet, bald aber nicht [20]), daß sie dem Mandator bei dem Mandatum qualificatum dagegen in der Regel abzusprechen ist [21]), daß ferner bei correis wieder, namentlich rücksichtlich einer pacti exceptio, eigenthümliche Grundsätze gelten, wäh-

18) Schweppe Röm. Privatrecht §. 400. Der Fortsetzer dieses Werks in der vierten Ausgabe ist a. M.

19) L. 7. D. de except. 44. 1.

20) L 51. pr. D. de procur. (3, 3.) L. 1. 2. C. de fidejuss. minor. (2. 24.) L. 9. §. 3. D. de SCo Maced (14. 6.) L. 13 pr. D. de minor. (4. 4.).

21) L. 13 pr. D. de minor. (4. 4.).

reud diese Einrede dem Bürgen unbedingt zustehet, und ebenso den Erben des Schuldners, vorausgesetzt, daß das pactum nicht ausdrücklich auf die Lebenszeit des Schuldners beschränkt war.

Dieses Alles liefert wenigstens den Beweis, daß die Römischen Juristen bei der Frage über diese Wirksamkeit der Einreden auf keine Weise generalisirt, sondern ihre Rechtssätze aus der Natur der einzelnen unter sich sehr verschiedenen Rechtsverhältnisse entlehnt haben. Und auf andern Grundsätzen beruhet wieder die Frage, ob die von dem jetzigen Besitzer einer Sache gegen die Vindication des Eigenthümers erworbene Einrede auch dem zustehet, welcher von jenem Besitzer die Sache durch Kauf oder sonst titulo singulari an sich brachte. Hier ist es Regel, daß der jetzige Besitzer die seinem Vorgänger, von dem er erwarb, zustehende Einrede ebenfalls benutzen kann. Dieses gilt vornehmlich deshalb, weil sonst der jetzige Besitzer, wenn ihm die Sache evincirt wurde, den Vorbesitzer auf Evictionsleistung belangen würde. Deshalb muß die dem auctor erworbene Einrede auch dem Successor zustehen, wie dieses insbesondere für die exceptio rei judicatae [22]), die exc. rei venditae et traditae [23]), die Einrede der Verjährung [24]), und selbst für die Einrede des Retentionsrechts wegen Aufwandes des Auctors [25]) ausgesprochen ist. Dasselbe gilt aber auch von der doli exceptio, indem wenn der Besitzer einer Sache gegen die Vindication des Eigenthümers die doli exceptio erworben hat, diese Einrede auch seinen Successoren zustehet, welche von ihm diese Sache kaufen oder sonst erwerben. Deshalb

---

22) L. 9. §. 2. L. 11. §. 9. D. de except. rei judic. (44. 2.)

23) L. 3. D. de except. rei venditae. (21. 3.)

24) L. 5. §. 1. L. 12. D. de divers. tempor. exc. (44. 3.)

25) L. 14. §. 1. D. Communi divid. (10. 3.) Francke Beiträge Abth. I. S. 58.

wird gesagt, es werde in dieser Beziehung die doli exceptio als eine exceptio in rem opponirt [26]; und dasselbe muß auch von der Einrede des Vergleichs und andern Einreden nothwendig gelten.

In anderer Beziehung erscheint die Einrede des Betrugs als eine personalis exceptio, nämlich bei der Frage, ob sie außer dem Betrüger auch andern Personen, namentlich seinen Successoren entgegenstehe, und hier wird derselben insbesondere die exceptio metus als eine exceptio in rem entgegengesetzt [27]. Das Römische Recht siehet nämlich durch Betrug hervorgebrachte Rechtsgeschäfte, namentlich Veräußerungen des Eigenthums, nicht als gradezu nichtig an, so daß der ganze Rechtsact als nicht geschehen betrachtet werden dürfte. Man ist jetzt wenigstens darüber einig, daß der betrogene Verkäufer dennoch das Eigenthum auf die gewöhnliche Weise überträgt. Der Eigenthumsübergang selbst, das dingliche Recht, wird durch den dolus nicht afficirt; vielmehr gibt der Dolus nur persönliche Ansprüche, welche entweder durch die Contractsklage, oder subsidiarisch durch eine actio de dolo, gegen den Betrüger selbst geltend zu machen sind [28]. Auf gleiche Weise erscheint hier die doli exceptio als eine persönliche Einrede. So wie z. B. der Verkäufer, welcher durch Betrug des Käufers verleitet wurde, diesem auf Kredit zu verkaufen, die von dem Käufer weiter veräußerte Sache nicht vindiciren kann, so kann er auch eine doli exceptio denen nicht opponiren, welche das Eigenthum der Sache von dem Betrüger titulo singulari erworben

26) L. 2. §. 2. D. de doli mali et met. exc. (44. 4.)

27) L. 4, §. 33. D. eod. tit.

28) L. 10. C. de rescind. vendit. (4. 44.) L. 12. §. 1. D. de jure dotium. (23. 3.) L. 13. §. 4. 5. D. de act. emti (19. 1.). L. 9. §. 3. D. de pignor. act. (13. 7.) Martin Rechtsgutachten der Heidelb. Juristenfacultät. B. I. S. 293 fg. Gottschalk Discept. forens. T. 3. cap. 31.

haben, im Fall er nämlich sich wieder im Besitz der Sache befindet, und jene gegen ihn die rei vindicatio erheben. Dieses ist die in der oft schon erwähnten L. 4. §. 27. — 33. D. de doli mali exc. erörterte Rechtsregel, „de auctoris dolo exceptio emtori non objicitur." Der Grund derselben ist, der jetzige Kläger vindicirt die Sache aus eigenem Rechte, weil er Eigenthümer auf eigenem Namen ist, und der Dolus obligirt bloß die Person des Betrügers. Eine Ausnahme tritt jedoch ein, wenn der Vindicant die Sache durch Schenkung oder Vermächtniß, also titulo lucrativo, von dem Betrüger erhalten hat [29]. Eine weitere Ausnahme ist aber in der citirten Stelle auch dann zugelassen, wenn der gegenwärtige Kläger sein Eigenthum auf die accessio possessionis stützt; weil er nämlich in diesem Fall sich zugleich mit auf den Besitz seines Auctors stützt, so stehet ihm auch eine Einrede aus dem Betrug dieses seines Auctors entgegen [30]. Und aus noch andern Gründen kann endlich diese Einrede aus dem Betrug des Käufers der Vindication des Pfandgläubigers opponirt werden, dem nämlich der Betrüger selbst diese Sache zu Pfand gab [31].

---

29) Si quis autem ex causa legati *vindicet*, aut is, cui ex causa donationis res praestita est, *vindicet*, an de dolo exceptionem patiatur ex causa ejus in cujus locum successerit? Et magis putat Pomponius summovendum, et ego puto exceptione eos esse repellendos, cum lucrativam causam sint nacti — L. 4. §. 28. l. cit. — Dieses konnte aber nach dem Pandectenrecht selbst eintreten, wenn auch der Betrogene die Sache noch gar nicht aus den Händen gegeben, wohl aber durch mancipatio oder in jure cessio Eigenthum übertragen, der Betrüger sie aber durch Legat oder auch auf andere Weise, z. B. in jure cessio, weiter veräußert hatte.

30) Si autem accessione auctoris utitur, aequissimum visum est, eum qui *ex persona auctoris* utitur accessione, pati dolum auctoris. L. 4. §. 27. l. cit.

31) — „quia res ad eum, qui dolo fecit, reversura est." L. 4. §. 30. l. cit.

Im Gegensatz zu dieser Einrede werden hier die exceptio metus, welche gleich der actio quod metus causa und der in integrum restitutio wegen Zwangs in rem ist [32], ferner die exceptio rei judicatae und die exceptio rei venditae et traditae [33] als „rei cohaerentes" bezeichnet, weil sie nicht bloß eine persönliche Obligation begründen, wie der Betrug, sondern mehr das Eigenthumsrecht selbst afficiren. —

Dieses sind die rechtlichen Verhältnisse, in welchen die Römischen Juristen exceptiones in rem und in personam, oder personae und rei cohaerentes unterscheiden, dieses die Beziehung, in welcher die doli exceptio als eine exceptio personae cohaerens erscheint. Daß hierbei von cedirten Forderungen keine Rede war, liegt vor Augen. Wir können hier also auch keine Entscheidung unserer Frage suchen, und dieses um so weniger, da unsere Quellen für alle jene Verhältnisse generelle Regeln gar nicht aufgestellt, sondern die einzelnen Rechtsfragen jedes Mal nach der rechtlichen Natur der einzelnen Verhältnisse beurtheilt haben. —

Legen wir uns aber die Frage insbesondere vor, ob die Bestimmung der L. 4. §. 27. D. de doli except., wonach die doli exceptio aus einem Betrug des früheren Eigenthümers der Vindication des jetzigen Eigenthümers in der Regel nicht entgegenstehet, ausgedehnt werden darf auf die dem Cessionar aus dem Betrug des Cedenten entgegengesetzte doli exceptio, so wird die Antwort keinem Bedenken unterliegen. Denn wer eine solche Ausdehnung vertheidigt, der verkennt den Unterschied zwischen Eigenthum und Forderung. Der jetzige Eigen-

32) Nach der allgemeinen Vorschrift des Edicts: „Quod metus gestum erit, ratum non habebo" L. 1. D. quod metus causa. (4. 2.), wodurch der Act in allen seinen rechtlichen Folgen und gegen Jedermann rescindirt wird. L. 4. §. 33. D. de doli exc. vergl. mit L. ult. D. de dolo malo (4. 3.).

33) L. 11. §. 9. 10. D. de except. rei jud. (44. 2.) L. 3. D. de exc. rei vend. 21. 3.

thümer vindicirt die Sache aus eigenem Recht, er ist selbst Eigenthümer der Sache. Deshalb stehen ihm Einreden aus bloßen Obligationen des früheren Eigenthümers nicht entgegen. So wie er an einen Miethvertrag seines Verkäufers nicht gebunden ist, und seiner Vindication eine Einrede aus diesem Vertrag seines Auctors nicht entgegenstehet, so kann ihm auch aus dem Betrug seines Auctors eine Einrede nicht opponirt werden. Denn der Betrug obligirte nur die Person des Auctors, afficirte aber nicht das Eigenthum, und in diesem Sinne sagen hier die Quellen, der Betrug wirke nur in personam, nicht in rem.

Dieses Alles ist anders bei cedirten Forderungen. Der Cessionar wird nicht selbst Gläubiger durch die Cession, während der Käufer einer Sache durch die Tradition das Eigenthum zu eigenem Rechte erwirbt. Der Eigenthümer erhebt deshalb eine Klage aus eigenem Recht; der Cessionar verfolgt die Obligation des Cedenten, und klagt aus dessen Recht. Deshalb müssen ihm nothwendig auch alle gegen den Cedenten begründeten Einreden entgegenstehen. Schon die Glosse verwirft aus diesen Gründen die Ausdehnung der L. 4. §. 27. D. de doli mali exc. auf cedirte Forderungen. Sie bemerkt ferner sehr treffend, daß selbst aus den daselbst aufgestellten Grundsätzen gefolgert werden könne, daß dem Cessionar alle Einreden, namentlich die doli exceptio, entgegenstehen müssen. Denn sobald der jetzige Eigenthümer zur Begründung seiner Klage sich der accessio possessionis seines Auctors bedient, so schadet ihm jedes Mal, wie wir oben sahen, die exceptio aus dem Betrug dieses seines Auctors, weil er dann seine Klage mit auf dessen Recht stützt. Der Cessionar klagt aber einzig und allein aus dem Rechte des Cedenten; also muß ihm stets eine doli exceptio aus den Handlungen des Cedenten opponirt werden können. —

Ein scheinbarer Zweifel könnte hingegen nur aus der L. 4. §. 28. D. de doli mali exc. erhoben werden. Es ist nämlich

eine bekannte Sache, daß wenn der Erbe die erworbene Erbschaft mit allen Rechten und Forderungen verkauft, der Käufer rücksichtlich der ihm mit verkauften Forderungen als Cessionar behandelt wird. Deshalb stehen ihm auch alle Einreden, die dem Erben hier entgegenstanden, ebenfalls entgegen. In den Pandecten ist dieses rücksichtlich der pacti exceptio aus einem mit dem Erben geschlossenen Vergleich anerkannt [34], im Codex aber ist generell ausgesprochen:

„Emtor hereditatis, mandatis actionibus, eo jure uti debet, quo is *cujus persona fungitur*" [35],

wonach wir aber für den Verkauf einer einzelnen Forderung dasselbe anzunehmen ebenfalls berechtigt sind. Ein Bedenken könnte jedoch grade hierbei die citirte L. 4. §. 28. erregen. Sie sagt nämlich:

„Si cum legitima hereditas Gaji Seji ad te perveniret, et ego essem heres institutus persuaseris mihi per dolum malum ne adeam hereditatem, et posteaquam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio *cesseris* pretio accepto, *isque a me petat hereditatem*, exceptionem doli mali ejus qui ei cessit non potest pati" [36].

Allein so viel ist jedenfalls klar, daß hier von einer eingeklagten Erbschaftsforderung nicht die Rede ist, sondern von einer Vindication, der hereditatis petitio. Es ist hier aber übrigens auch nicht einmal von unserer eigentlichen venditio hereditatis die Rede, sondern von der im Justinianeischen Rechte antiquirten in jure cessio des Erbrechts. Nach altem Recht konnte nämlich der Intestaterbe, vor angetretener Erb-

---

34) L. 17. D. de transact. (2. 14.)

35) L. 5. C. de heredit. vel act. vend. (4. 39.).

36) Ulpiani fragm. tit. 19. §. 14. Gajus II. §. 34. 35. Wurde dagegen vom Erben eine schon erworbene Erbschaft in jure cedirt, so ging freilich das Eigenthum der Sachen selbst über, für die Schulden aber blieb der Erbe verhaftet, und die Forderungen gingen verloren.

schaft, dieselbe oder eigentlich sein Erbrecht durch in jure cessio dergestalt auf einen Andern übertragen, daß, wie Ulpian und Gajus sagen, „proinde heres fit, cui cessa est, ac si ipse heres legitimus esset.“ Wenn nun dieser als Erbe die Erbschaft vindicirt, so konnten ihm bloß persönliche Einreden, welche der Besitzer dem eigentlichen gesetzlichen Erben hätte opponiren können, allerdings nicht entgegenstehen. Es beruhet dieses aber auf den früher erörterten Grundsätzen über Vindicationen, und es war nothwendig, weil dieser Kläger die Erbschaft aus eigenem Rechte vindicirte. Daß aber hiervon wirklich die citirte L. 4. § 28. spricht, das folgt aus ihrem Inhalt und aus dem Zusammenhang mit dem vorhergehenden und den nachfolgenden Paragraphen derselben Stelle. Denn es ist von einem gesetzlichen Erben die Rede, welcher den im Testamente Eingesetzten durch Betrug zur Repudiation bewegt, und welcher darauf — nicht etwa selbst antritt — sondern die Erbschaft „cesserit pretio accepto“, worauf der Erwerber mit der hereditatis petitio als Erbe auftritt. Und der vorhergehende §. 27. spricht von der rei vindicatio des jetzigen Eigenthümers, dem die Einreden aus Obligationen seines Auctors nicht entgegenstehen. Dasselbe wird nun im §. 28. für die hereditatis petitio dessen gelehrt, der durch in jure cessio Erbe geworden war, während im §. 29. von dem, der „ex causa legati vel donationis *vindicat*“, und im §. 30. von der Vindication eines Pfandgläubigers die Rede ist. —

Eine ganz andere Frage, als die bisher erörterte, ist aber die, in wie weit dem Gläubiger, welcher durch einen Stellvertreter contrahirt hat, Einreden aus Handlungen seines Stellvertreters entgegenstehen, namentlich wenn der Vater durch den Sohn, der Vormund für seinen Curanden, der Mandator für den Mandanten contrahirte. In den letzten Fällen ist freilich die Cession der aus dem Contract entsprungenen Klage, oder eine utilis actio, der Weg, auf dem die Klage aus dem vom Vormund oder Mandatar abgeschlossenen Geschäft im Römischen Rechte auf den Curanden oder Man-

danten übertragen wird. Es bedarf aber keines Beweises, daß hier die gewöhnlichen Grundsätze von der Cession selbst erworbener Forderungen nicht durchgreifend zur Anwendung kommen können, sondern daß hier besondere Grundsätze durch das Verhältniß der Stellvertretung herbeigeführt werden. Denn z. B. wenn A im Auftrag des X und in dessen Namen dem B eine Sache verkaufte, und nun X seine venditi actio utilis gegen den Käufer auf Bezahlung des Kaufpreises anstellt, so wird Niemand glauben, daß der Käufer mit alten Forderungen, die er gegen den Mandatar hat, gegen den Mandanten abrechnen könne, und noch weniger kann diesem die exceptio pacti entgegenstehen, wenn der Mandatar dem Käufer die Schuld sollte erlassen haben, wenn gleich der Mandant nach dem Römischen Formalismus mit der ihm vom Mandatar cedirten venditi actio klagt. Es beruhet aber hier diese ganze Frage auf den besondern Eigenthümlichkeiten der genannten Vertretungs-Verhältnisse, und interessirt uns deshalb, so wünschenswerth vielleicht eine nähere Erörterung dieser ganzen Sache scheinen könnte, wenigstens bei der vorliegenden Frage nicht näher.

XVI.

Ueber den Begriff der Litispendenz im Civilprozeß.

Von

Dr. A. W. S. Francke,

Privatdocenten der Rechte in Kiel.

Wenn gleich über die Frage nach den Wirkungen des ersten richterlichen Decrets und der Litiscontestation unter den Juristen im Grunde große Uebereinstimmung herrscht, so vermißt